

DAÑO ANTIJURIDICO - Imputación / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Actos obstétricos / RESPONSABILIDAD MEDICA ASISTENCIAL - Actos obstétricos / ACTIVIDADES GINECO OBSTETRAS - Errores / FALLA DEL SERVICIO MEDICO OBSTETRICO - Error de diagnóstico / CARGA DE LA PRUEBA - Sistema de aligeramiento probatorio

La señora Mónica Andrea Giraldo dado su embarazo múltiple debió ser evaluada como paciente de alto riesgo obstétrico (ARO) y, por consiguiente, demandaba una atención y manejo especializado. De allí que ante la inobservancia o desconocimiento de esta realidad, se incurre en una clara pretermisión de los deberes inherentes a una correcta prestación del servicio médico asistencial, que no es ninguna dádiva, sino por el contrario, un derecho incuestionable dentro de la concepción de un Estado Social de Derecho, que no sólo propugna por la prestación y cuidado de la salud como un servicio público inherente a su finalidad (art. 49 C.P.), sino además, en consideración a la “dignitas humana”, de que da cuenta el artículo 1º de la Constitución Política, y que sin lugar a dudas, en el presente caso, se enhiesta como apodíctica verdad, en tanto la madre, como quienes estaban por nacer, no recibieron propiamente el trato digno que merecían por la sola condición de ser personas, amén de que para el caso concreto también eran pacientes, o sea seres que se encontraban en situación de sujeción al servicio de otros, que para el caso eran profesionales en el área hospitalaria y de la salud. En esa perspectiva, frente al grupo de galenos que suministró atención médica a la madre, existía una clara obligación de adoptar todas y cada una de las medidas idóneas para establecer el período de gestación, así como el tipo de embarazo de la paciente (múltiple), lo cual se hubiera establecido con la práctica de una ecografía y/o un monitoreo fetal durante el lapso que duró la urgencia que motivó a la joven gestante a recurrir a la Clínica Rafael Uribe Uribe. El hecho de haberse limitado a auscultar mediante estetoscopio la frecuencia cardíaca fetal y constatar la dilatación vaginal, constituye una clara falla del servicio que conlleva a que le sea imputable el daño a la entidad demandada, es decir, al Instituto de Seguros Sociales. No debe perderse de vista que al margen de la existencia o no del régimen de falla presunta del servicio, según los recientes pronunciamientos de la Sala, en relación con la responsabilidad de la administración sanitaria, es posible que los jueces recurran –atendiendo siempre a las particularidades del caso–, a ciertas figuras de aligeramiento probatorio en sede de la imputación fáctica y jurídica. En consecuencia, la Sala ha admitido la posibilidad de emplear los sistemas de aligeramiento probatorio de res ipsa loquitur (las cosas hablan por sí solas) o culpa virtual (faute virtuelle), en aquellos eventos en los que el daño padecido es de tales proporciones y se produce en unas circunstancias particulares que se acorta el recorrido causal y la culpa se entiende probada. De otro lado, se ha avalado la existencia de un indicio de falla a partir de la acreditación de que el embarazo se desarrolló en términos normales y que fue al momento del alumbramiento que se produjo el daño. En el caso concreto se tiene que la paciente, según se colige de los testimonios del proceso, fue valorada en varias ocasiones cuando asistió a los controles de su embarazo, sin que en esas oportunidades se le hubiera diagnosticado un embarazo múltiple, como lo reconoce el propio doctor Diego Encinales, quien valoró a la madre gestante y determinó, basándose única y exclusivamente en la altura uterina y en la dilatación vaginal que se trataba de un embarazo a término en posición transversa, circunstancia por la que se debía proceder a la práctica de una cesárea, y por ello es que en el folio de remisión de la Clínica Rafael Uribe Uribe a la Clínica Versalles se consignó expresamente el diagnóstico, del cual se abstuvieron en dudar los galenos del último centro hospitalario, como quiera que respecto de la primera de las instituciones se trataba de una clínica de tercer nivel, lo cual se acompasa con el principio de confianza legítima en los términos expuestos por la

doctrina de la imputación objetiva, conceptos jurídicos creados y desarrollados para garantizar una eficiente y verdadera imputación material o fáctica del resultado. En esa perspectiva, en el sub examine, se presentó un evento de res ipsa loquitur, como quiera que los médicos se abstuvieron de descartar cualquier otro tipo de diagnóstico y se limitaron a verificar superficialmente la sintomatología de la paciente, sin siquiera indagar cuándo se había presentado la última menstruación de la gestante, y si efectivamente a ésta se le habían realizado las ecografías obstétricas y los monitoreos fetales. Por consiguiente, el daño considerado en sí mismo, reviste una excepcionalidad y anormalidad que permite dar por configurado un supuesto de acercamiento probatorio en la imputación de aquél, toda vez que no existe otra forma de explicar la producción del perjuicio que en la propia conducta de la entidad, quien de manera precipitada e irregular ordenó una cesárea al considerar que se trataba de un embarazo a término. La sola circunstancia de haberse practicado una cesárea con la férrea convicción de que se estaba en presencia de un único feto transverso, con tiempo de alumbramiento, para luego llevarse la sorpresa de que la paciente tenía un embarazo de trillizas de 24 o 25 semanas de gestación, aproximadamente, refleja la dimensión del daño antijurídico causado lo que permite afirmar se trata de un supuesto en el que las cosas o circunstancias hablan por sí solas, como quiera que son demostrativas de que existió un yerro flagrante en la etapa de atención, valoración y diagnóstico de la gestante.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de mayo de 2009, rad. 15033 MP. Ruth Stella Correa Palacio; de 10 de febrero de 2000, rad. 11878; del 17 de agosto de 2000, rad. 12123; del 7 de diciembre de 2004, rad. 14767; de 14 de julio de 2005, rad. 15276; del 26 de marzo de 2008, rad. 16085, MP. Ruth Stella Correa Palacio y del 20 de mayo de 2009, rad. 16701, MP. Enrique Gil Botero.

FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Falta de diligencia y cuidado / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Error craso / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO - Error craso / DIAGNOSTICO MEDICO - Error

En el caso concreto, el daño (deceso de las trillizas Echeverry Giraldo) constituye un suceso que normalmente no ocurriría y se presentó por la ausencia de un parámetro mínimo de diligencia y cuidado; fue originado a causa de la valoración de los agentes de la entidad demandada, quienes erraron de manera crasa en el diagnóstico y valoración inicial del cuadro clínico, al afirmarse sin la menor anfibología que se trataba de embarazo con feto único, cefálico, en posición transversa, y que se hallaba a término, cuando la realidad era diametralmente disímil. Por consiguiente, aislado al hecho de que un embarazo múltiple es considerado como de alto riesgo obstétrico (ARO), lo cierto es que como lo refiere el doctor Gilberto Messa Mosquera en el plenario, en la historia clínica de remisión se encontró una valoración del 26 de octubre (cuatro días antes de la producción del daño) en la que también un ginecólogo del ISS informaba el diagnóstico de un embarazo de 38 semanas (a término); por ende, se insiste, los hechos hablan por sí solos en el asunto sub lite, puesto que la entidad demandada nunca descartó la posibilidad de que el incremento de peso, así como la altura uterina se debiera a un estado de gravidez plural, sino que siempre se tuvo la equivocada convicción de que la paciente debía ser sometida de manera inmediata a una cesárea. Como se desprende de lo anterior, la anormalidad del daño deviene de lo sencillo que resultaba para el cuerpo médico de la entidad demandada la actualización del conocimiento en relación con la determinación del diagnóstico correcto, toda vez que la práctica de una ecografía (ultrasonido) y/o un continuo monitoreo fetal

hubieran descartado la posibilidad de que se tratara de un embarazo a término con feto único transverso, tanto así que el médico gineco - obstetra tratante, manifestó dentro del testimonio rendido su asombro en ese preciso aspecto, al puntualizar que la Clínica Rafael Uribe Uribe contaba con los instrumentos necesarios para esos efectos. Se configuró, en el caso concreto, lo que la doctrina alemana ha denominado un "error craso" (grobe Behandlungsfehler) que quedó demostrado de la simple lectura o apreciación de los siguientes medios probatorios: i) la orden de remisión de la Clínica Rafael Uribe Uribe a la Clínica Versailles; ii) el testimonio del grupo de médicos que valoró y atendió a la paciente en los dos centros hospitalarios antes precisados; iii) la constancia en la historia clínica del hallazgo quirúrgico que se aparta en todo sentido del diagnóstico inicial; y iv) la misiva suscrita por el Director de Cirugía de la Clínica Versailles con destino al Jefe de Ginecología del ISS, a efectos de que sea revisado el caso en auditoría médica, al considerar la presencia de errores y omisiones en el diagnóstico primigenio. En conclusión, en el asunto concreto la Sala confirmará la decisión consultada, toda vez que se logró establecer que la entidad demandada causó un daño antijurídico que, dada su connotación de anormal y excepcional es suficiente para considerar configurada la imputación del mismo en cabeza de la entidad demandada, todo lo anterior con fundamento en las reglas de la experiencia científica, objetiva y estadística, que permiten inferir sin requerir un conocimiento especializado sobre la materia, que el yerro cometido se produjo por una equivocada convicción que pudo ser fácilmente superada, lo cual hubiera evitado la producción del evento dañoso.

FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Medidas de justicia restaurativa / MEDIDAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA - Procedencia en acciones de reparación directa / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Procedencia de medidas de justicia restaurativa

Como quiera que el presente asunto desborda la órbita del derecho subjetivo de las víctimas y de los perjudicados con el daño, en la medida que se afectó de manera grave el derecho a la salud de los niños, se torna necesario decretar e implementar garantías de no repetición, a efectos de proteger la dimensión objetiva del derecho antes precisado. Cuando el juez de lo contencioso administrativo aprecia la vulneración grave de la dimensión objetiva de un derecho, puede adoptar medidas de justicia restaurativa a efectos de que sea reestablecido el núcleo del derecho o interés constitucionalmente protegido, al margen de que el trámite procesal sea el del grado jurisdiccional de consulta o la resolución de un recurso de apelación único. Lo anterior, toda vez que el principio de la no reformatio in pejus, como expresión de la garantía del derecho al debido proceso sólo tiene restricción en la órbita indemnizatoria del principio de reparación integral. En efecto, la jurisprudencia de la Corporación ha precisado que si existe una colisión entre el principio de reparación integral con los principios de congruencia procesal y de jurisdicción rogada, estos últimos deben ceder frente al primero en cuanto concierne a las medidas de satisfacción, rehabilitación, y garantías de no repetición, toda vez que el parámetro indemnizatorio, esto es, el reconocimiento de los perjuicios materiales e inmateriales sí está amparado por los citados principios del proceso que tienden a garantizar el derecho de defensa del demandado. Definido el anterior panorama, la Sala reitera la jurisprudencia que sobre el particular ha delineado para precisar que, en aquellos eventos en los que sea evidente la alteración grave de un derecho de la persona, es posible que se adopten medidas distintas a la indemnización de perjuicios, todas ellas encaminadas a operar como factores de justicia restaurativa, esto es, como instrumentos que propenden por el restablecimiento objetivo del derecho conculcado. Así las cosas, la Sala a partir de sus pronunciamientos recientes, así

como en apoyo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, considera que, en eventos en los que si bien el daño no provenga de graves violaciones a derechos humanos, de todas formas es posible decretar medidas de satisfacción, conmemorativas o garantías de no repetición, siempre y cuando sean necesarias las mismas para restablecer el núcleo o dimensión objetiva de un derecho humano que ha sido afectado por una entidad estatal. En consecuencia, es posible que el daño antijurídico irrogado por una entidad prestadora del servicio de salud desborde la esfera o dimensión subjetiva, dada su magnitud, anormalidad y excepcionalidad, circunstancia frente a la cual el juez de la reparación no puede ser indiferente, so pena de entender el derecho de la reparación como una obligación netamente indemnizatoria, cuando lo cierto es que una de las funciones modernas de la responsabilidad es la preventiva. En el caso concreto es evidente la falta de diligencia de la entidad demandada, y la forma desentendida y gravemente anormal como se manejó la valoración del embarazo de la paciente, lo que quedó acreditado desde el mismo daño excepcional irrogado que afectó de manera grave la dimensión objetiva del derecho a la salud, más aún si se tiene en cuenta que la lesión directa fue ocasionada sobre tres niñas que alcanzaron a tener un hábito de vida y, en consecuencia, frente a las cuales se predicó la condición de persona en los términos establecidos en el artículo 90 del Código Civil, y que, por lo tanto, contaban con una protección reforzada y especial en los términos del inciso tercero del artículo 13 de la Carta Política y el artículo 44 de la misma, precepto este último que contiene el principio de prevalencia de los derechos de los niños sobre los de las demás personas. En ese orden, en la parte resolutive del fallo se dispondrá la adopción de la siguiente medida: Como garantía de no repetición, se ordenará enviar copia íntegra y auténtica de esta providencia a la Superintendencia Nacional de Salud, para que remita copia de la misma a cada una de las EPS que funcionan actualmente en Colombia, sin que ello implique, en modo alguno pronunciamiento de responsabilidad en contra de esta última entidad, toda vez que no es parte en el proceso; por ende, se insiste, el único propósito de la medida consiste en la divulgación pedagógica, a efectos de que situación como la descrita en la sentencia no se vuelva a repetir. El valor de las copias será asumido por el ISS.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema de medidas restaurativas, Corte Constitucional, sentencia T-576 de 2008, MP. Humberto Sierra Porto; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2009, rad. 17994, MP. Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 76001-23-31-000-1997-03225-01(18364)

Actor: GLUEIMAR ECHEVERRY ALEGRIA Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Resuelve la Sala el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de 24 de septiembre de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en la que se decidió lo siguiente:

“1º. DECLÁRASE al Instituto de Seguros Sociales administrativamente responsable de los perjuicios causados a los actores con la muerte de las trillizas MAIRA ALEJANDRA ECHEVERRY GIRALDO, MARISELA ECHEVERRY GIRALDO y GERALDINE ECHEVERRY GIRALDO, en hechos ocurridos el 31 de octubre de 1996.

“2º. Como consecuencia de la declaración anterior, CONDÉNASE al Instituto de Seguros Sociales, a pagar las siguientes sumas de dinero:

“POR PERJUICIOS MORALES:

“a) El equivalente en pesos a DOS MIL QUINIENTOS (2.500) GRAMOS DE ORO para cada uno de los padres GLUEIMAR ECHEVERRY ALEGRÍA y MÓNICA ANDREA GIRALDO, al precio que tenga este metal a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

“b) El equivalente en pesos a MIL QUINIENTOS (1.500) GRAMOS DE ORO para JHON HEYMER ECHEVERRY GIRALDO, al precio que tenga este meta a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

“c) El equivalente en pesos a MIL GRAMOS (1.000) GRAMOS DE ORO para cada uno de los abuelos JOSÉ HÉCTOR GIRALDO GUTIÉRREZ, ENID OROZCO DE GIRALDO, GUILLERMO ECHEVERRY ROMERO y AMPARO ALEGRÍA UL, al precio que tenga este metal a la fecha de ejecutoria de este fallo.

“PERJUICIOS MATERIALES:

“Se pagará a GLUEIMAR ECHEVERRY ALEGRÍA la suma de seiscientos treinta y un mil ciento cuarenta y dos pesos con diez centavos mcte (\$631.142,10), por daño emergente.

“3) Los interesados allegarán junto con la cuenta de cobro, el certificado que expida el Banco de la República sobre el precio de oro a la fecha de ejecutoria de este fallo.

“4) Las sumas de dinero reconocidas devengarán intereses de mora desde la fecha de ejecutoria de este fallo...

“5) Dése cumplimiento a este fallo en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.” (fls. 123 y 124 cdno. ppal. 2ª instancia - mayúsculas y negrillas del original).

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y trámite de primera instancia

1.1. El 21 de enero de 1997, mediante apoderado judicial, los señores Glueimar Echeverry Alegría y Mónica Andrea Giraldo, actuando en nombre propio y en representación de su hijo menor Jhon Heymer Echeverry Giraldo; José Héctor Giraldo Gutiérrez; Enid Orozco de Giraldo; Guillermo Echeverry Romero y Amparo Alegría UL, ejercieron acción de reparación directa, contra el Instituto de Seguros Sociales, con el fin de que se declare patrimonialmente responsable de los perjuicios materiales y morales que les fueron causados con motivo de la muerte de las niñas Maira Alejandra, Marisela y Geraldine Echeverry Giraldo, acaecida el 31 de octubre de 1996 (fls. 31 a 37 cdno. ppal. 1º).

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitaron que se condenara a las demandadas a pagar las siguientes sumas de dinero: i) a título de perjuicios morales el equivalente a 3.000 gramos de oro para cada uno de los actores; ii) a favor de Glueimar Echeverry Alegría, padre de las niñas, los perjuicios materiales, en la modalidad de al daño emergente por valor de \$2'000.000,00 que corresponde a los gastos funerarios (fls. 31 y 32 cdno. ppal. 1º).

En apoyo de las pretensiones se expusieron, en síntesis, los siguientes hechos (fls. 32 y 33 cdno. ppal. 1º):

1.1.1. Glueimar Echeverry Alegría y Mónica Andrea Giraldo, se unieron de hecho a partir de 1993, y fruto de esa convivencia nacieron Jhon Heymer el 7 de octubre de 1995; así como las trillizas Maira Alejandra, Marisela y Gerardine mediante cesárea practicada el 31 de octubre de 1996.

1.1.2. Mónica Andrea, en su estado de gravidez se puso al cuidado de los facultativos del Instituto de los Seguros Sociales "ISS", toda vez que se encontraba amparada bajo la afiliación No. 994374218.

1.1.3. En los exámenes posteriores al diagnóstico del embarazo se desconocía el tiempo de gestación, así mismo se ordenó una ecografía obstétrica, examen que

nunca se practicó, como tampoco se estableció el ritmo cardiaco fetal pues los médicos de la entidad demandada estaban convencidos de que el embarazo era de un solo feto.

1.1.4. Dado el aumento excesivo de peso de la paciente y el crecimiento a nivel uterino, se sometió a un nuevo examen en el ISS, y se ordenó una ecografía inmediata para ser realizada en la Clínica Rafael Uribe Uribe, pero ésta no se llevó a cabo a pesar de la insistente solicitud de Mónica Andrea y su compañero Glueimar.

1.1.5. Ante la angustia y decaimiento de la gestante, los médicos de la Clínica Rafael Uribe Uribe –quienes consideraron que el feto se encontraba en postura atravesada–, la remitieron a la Clínica Versalles para la realización de una cesárea, procedimiento que se llevó a cabo ese mismo día 31 de octubre de 1996.

1.1.6. Los médicos se llevaron una sorpresa al adelantar la intervención, y con desconcierto se percataron que se trataba de unas trillizas en estado prematuro, ya que sólo tenían entre 24 y 25 semanas de gestación.

1.1.7. A pesar de que las niñas nacieron con vida, su óbito se produjo el mismo día de su nacimiento.

1.2. El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca admitió la demanda en auto de 14 febrero de 1997, y dispuso notificar su admisión al Gerente General del Instituto de Seguros Sociales (fls. 38 y 39 cdno. ppal. 1º).

Una vez fijado el proceso en lista, fue contestado por el ISS (fls. 67 a 73 cdno. ppal. 1º). El 23 de mayo de 1997, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes (fls. 75 a 77 cdno. ppal. 1º) y, por último, en auto de 10 de julio de 1998 se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 102 cdno. ppal. 1º).

1.3. Como se precisó, el ISS contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones con fundamento, en síntesis, en lo siguiente (fls. 67 a 73 cdno. ppal.):

1.3.1. Las ecografías sí fueron ordenadas en forma oportuna, pero no se adelantaron por negligencia de la paciente.

1.3.2. Cuando la señora Giraldo se hizo presente en las instalaciones de la Clínica Rafael Uribe Uribe, presentaba actividad uterina real, y si a ello sumamos la existencia de polihidramnios severo, que está constituido por la presencia excesiva de líquido amniótico, la cesárea resultaba absolutamente indispensable, pues clínicamente un alumbramiento en esas condiciones no se puede detener. Así las cosas, la práctica de una ecografía obstétrica devenía inoficiosa en esos momentos, como también era inocuo el erróneo convencimiento de que se trataba de un solo feto en posición transversa.

1.3.3. En la Clínica Rafael Uribe Uribe se atienden diariamente más de cien partos; el hecho de que en medio de la situación de emergencia que se estaba viviendo, el galeno a cuyo cargo estuvo en esos instantes la gestante se hubiera equivocado en relación al conteo de los neonatos para nada hubiera cambiado el desenlace fatal de los acontecimientos, por las circunstancias físicas en que se encontraba la joven madre.

2. Sentencia de primera instancia

En sentencia de 24 de septiembre de 1999, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca condenó a la demandada en los términos transcritos al inicio de esta providencia. Se declaró la responsabilidad del ISS porque del acervo probatorio se desprende que a la madre gestante Mónica Giraldo se le ordenó la práctica de una cesárea desconociendo que se trataba de un embarazo múltiple. En ese orden de ideas, precisó, de habersele efectuado las dos ecografías ordenadas se habría establecido que el estado de gravidez era plural, y no se hubiera inducido el nacimiento de las niñas de manera prematura.

Entre otros aspectos, el *a quo*, puntualizó lo siguiente:

“(…) Del análisis conjunto de la prueba regular y oportunamente allegado (sic) a los autos, encuentra demostrada la Sala, que la paciente MÓNICA ANDREA GIRALDO OROZCO quien se encontraba en estado de gravidez, fue atendida en la Clínica Rafael Uribe Uribe del Seguro Social de Cali el día 31 de octubre de 1996 por el Doctor Diego Encinales Arana de especialidad gineco - obstetra, quien se encontraba de turno y después de haberla valorado y considerado que se encontraba en franco trabajo de parto con una dilatación de 4 centímetros, ordenó su remisión a la Clínica Versailles de la ciudad de Cali, para que se le practicara la cesárea, por cuanto había mucha congestión en la sala de partos de la Clínica

Rafael Uribe Uribe... Igualmente se estableció que a la paciente durante su embarazo se le ordenaron dos ecografías, pero éstas no se le realizaron.

“(...) Teniendo en cuenta que con la prueba aportada se establece que la paciente MÓNICA ANDREA GIRALDO durante los controles de su embarazo si bien se le ordenaron ecografías obstétricas, exámenes estos que son necesarios para determinar el estado del feto, no se sabe por qué razón no se le practicaron, pues de haberse realizado éstos se hubiera podido determinar de que era un embarazo múltiple y como lo dice el médico ginecólogo Diego Encinales Arana, en casos de embarazo múltiple hay altos riesgo y los cuidados son mayores. La entidad no demostró diligencia y cuidado en el manejo que se le prestó a la paciente durante el control del embarazo, ni antes de practicarle la cesárea, pues ordenaron esa cirugía sin darse cuenta siquiera de que había un embarazo múltiple, posiblemente de haberle prestado más atención a la paciente, los resultados no hubieran sido los funestos, como fue la muerte de las tres niñas, las cuales sólo tenían de 24 a 25 semanas y por la inmadurez de las mismas no fue posible que permanecieran con vida. De habersele practicado las ecografías oportunamente o sea durante los controles del embarazo y aún antes del parto, se hubiera podido establecer el embarazo múltiple y tener los cuidados necesarios para que éste llegara a feliz término.

“(...)” (fls. 110 a 125 cdno. ppal. 2ª instancia).

3. Trámite del grado jurisdiccional de consulta

Inconforme con la providencia, la demandada interpuso recurso de apelación, el que fue declarado desierto en auto de 17 de mayo de 2001, y se dispuso surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia (fls. 169 y 170 cdno. ppal. 2ª instancia).

4. Alegatos presentados por las partes en el curso del grado jurisdiccional

Dentro de la respectiva oportunidad procesal, intervino el apoderado judicial de la parte demandada, para solicitar la revocatoria de la providencia consultada, con base en las reflexiones que se desarrollan, en síntesis, a continuación (fls. 174 a 177 cdno. ppal. 2ª instancia):

4.1. No puede construirse a partir del artículo 90 de la Constitución Política, una teoría de la falla presunta, que implique la inversión de la carga probatoria de

quien está obligado a probar los supuestos de hecho de la norma que pretende derivar su derecho.

Al demandante no sólo le correspondía probar el daño y la relación de causalidad, sino además el obrar negligente y descuidado del ISS.

4.2. En el caso concreto saltan a la vista las falencias del sistema de falla presunta, que ante afirmaciones parciales e inconclusas que se hacen en la demanda, impiden a las entidades demandadas ejercer a cabalidad su derecho de defensa. En efecto, en el asunto analizado la parte actora se limitó a precisar que le habían sido ordenado dos ecografías a la madre gestante y que nunca fueron practicadas puesto que las instituciones a las que acudió le manifestaron que los contratos con el ISS habían concluido, sin que efectivamente se haya establecido un esfuerzo probatorio de los demandantes en acreditar esos supuestos de hecho.

4.3. El diagnóstico efectuado por los galenos fue reiterativo y coincidente en el sentido de que momentos antes de efectuarse la cesárea, la demandante Mónica Giraldo evidenciaba claros síntomas de encontrarse en trabajo de parto, a consecuencia de la signología y sintomatología que presentaba: cambios cervicales en el cuello de la matriz, dilatación del cuello uterino, un solo ruido cardíaco, contracciones, actividad uterina, polihidramnios severos (exceso de líquido amniótico) y evidencia de posición transversal del menor (no cefálica), lo que indiscutiblemente permitía concluir que la paciente se encontraba en trabajo de parto.

4.4. Finalmente, no resultaba procedente la condena al pago de los perjuicios materiales, pues la regla probatoria sentada por el tribunal de instancia no tiene respaldo legal alguno (presunción de gastos por fallecimiento) desconociendo además que la demandante por ser beneficiaria del ISS tiene derecho a su pago por la vía del amparo del sistema de seguridad social (auxilio funerario).

4. Manifestación de impedimento por parte del señor Consejero de Estado, doctor Ramiro Saavedra Becerra

De otro lado, a folio 255 del cuaderno principal de segunda instancia, obra escrito de impedimento presentado por el señor Consejero de Estado, doctor Ramiro

Saavedra Becerra, en los términos del artículo 160 del C.C.A., en relación con la causal contenida en el numeral 2 del artículo 150 del C.P.C., en cuanto suscribió la providencia apelada en calidad de Magistrado del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y, por ende, conoció del proceso en instancia anterior.

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del grado jurisdiccional de consulta, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración, a través del siguiente orden conceptual: 1) jurisdicción y competencia en materia de responsabilidad médico - hospitalaria oficial; 2) los hechos probados, 3) el caso concreto, y 4) reliquidación de perjuicios.

1. Jurisdicción y competencia

La Sala es competente para conocer y desatar el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con las precisiones trazadas en las sentencias de 19 de septiembre de 2007,¹ como quiera que se trata de definir la responsabilidad de una entidad pública, con ocasión de la prestación del servicio público - oficial médico hospitalario, circunstancia por la cual en materia de jurisdicción y competencia se mantienen por las razones expuestas en los precedentes citados.

Así mismo, se reiteran los planteamientos contenidos en la providencia de 17 de mayo de 2001, oportunidad en la que se hicieron los cálculos pertinentes y detallados a efectos de determinar la procedencia del grado jurisdiccional de consulta, esto es, que no existiera recurso de apelación; que el proceso tuviera vocación de doble instancia y que la condena superara, en total, la suma de 300 SMMLV.

2. Los hechos probados

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, expedientes: 15382 y 16010. Se pueden consultar igualmente, las sentencias de 19 de octubre de 2007, exp. 30871, de 4 de diciembre de 2007, exp. 17918, y de 20 de mayo de 2009, exp. 16701.

2.1. Copia auténtica de la comunicación suscrita por el Director del Área de Cirugía y la Administradora de la Clínica Versailles, calendada el 1º de noviembre de 1996, dirigida a la Jefe de Ginecología del Instituto de los Seguros Sociales, en la que se consignó lo siguiente:

“HISTORIA CLÍNICA:

“Paciente de 17 años secundigestante control médico I.S.S. (CAB López) con FUR desconocido que consultó I.S.S. (Rafael Uribe Uribe) a ginecología por actividad uterina y recibió valoración por especialista con ecografía que identificó feto a término en situación transversa y decidieron programar para cesárea previas 3 monitorias fetales dudosas y trabajo de parto.

“HECHOS:

“Por congestión en la clínica Rafael Uribe Uribe del Seguro Social, se solicitó turno de urgencia a las 14:00 horas del 31 de octubre/96, para atender cuatro pacientes, entre ellas la paciente en referencia quien presentaba franco trabajo de parto y feto en transversa a término.

“HALLAZGOS: QUE NO CONCUERDA CON EL HISTORIAL DEL I.S.S.

- “- Cesárea segmentaria
- “- Embarazo de trillizos monocorionico biamniotico - de aproximadamente 400 gramos cada uno, de peso (más o menos de 25 semanas de gestación) apgar 5-6/1´ - 4/3´
- “- Polihidrámnios severo

“RESULTADO:

- “- Paciente cesareada (sic) sin complicación
- “- 3 recién nacidos pretérmino con muy bajo peso al nacer trasladados al I.S.S. Unidad de Recién Nacidos Uribe Uribe, fallecidos por su inmadurez.

“Hacemos conocer el caso para que sea revisado en Auditoría Médica, debido a que consideramos que se presentaron errores u omisiones en el diagnóstico inicial del caso en cuestión.

“(…)” (fls. 21 y 22 cdno. pruebas - mayúsculas y subrayado del original).

2.2. Testimonio del doctor Diego Encinales Arana, médico gineco - obstetra vinculado al ISS, rendido ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, quien interrogado acerca de los hechos que se debaten en el proceso puntualizó:

“(…) Sí, yo estaba de turno ese día, yo atendí a la señora. PREGUNTADO. Sírvase decir cuál la razón (sic) de que a la mencionada señora no se le hubiera realizado la cesárea en la Clínica Rafael Uribe Uribe del Seguro Social y fuera remitida a la Clínica Versalles. CONTESTÓ: Por congestión del servicio. PREGUNTADO: Sírvase decir si lo recuerda, si a la señora Mónica Andrea Giraldo se le hubiere practicado durante su embarazo ecografía obstétrica. CONTESTÓ. No la paciente llegó con dos ecografías ordenadas pero no realizadas. PREGUNTADO: Sírvase decir si lo sabe, cuál la razón (sic) para que estando ordenada la ecografía no se la hubieren practicado. CONTESTÓ: Yo sólo vi a la paciente por única vez el día que entró por trabajo de parto a la Clínica Rafael Uribe Uribe, desconozco los motivos por que no se la realizó. PREGUNTADO: Sírvase decirle al Tribunal, que sabe usted sobre los hechos, 5, 6, 7, 8, 9 narrados en al demanda, los cuales se le ponen de presente. CONTESTÓ: El hecho No. 5 se refiere a que no se localizó el ritmo cardiaco, cosa que no es cierta puesto que yo escuché un solo ritmo cardiaco en el momento del examen. En el hecho No. 6 no tengo constancia de por qué no se le tomó ecografía en la Clínica Rafael Uribe Uribe, me parece muy raro porque en la Clínica Rafael Uribe Uribe hay ginecólogos que toman ecografías. En cuanto al hecho No. 7 se remitió a la Clínica Versalles porque como dije anteriormente había congestión en la Sala de partos en la Clínica Rafael Uribe Uribe, más adelante en ese mismo hecho puedo referir en cuanto a la sorpresa de las trillizas que la paciente tenía una altura uterina equivalente a un embarazo a término con un feto en posición transversa y en franco trabajo de parto motivo por el cual se ordenó la cirugía. En cuanto al hecho No. 8 la sobrevivencia de las trillizas era imposible debido a su extrema prematures (sic). En cuanto al hecho No. 9 no tengo ningún comentario que hacer ya que como se dijo anteriormente la paciente estaba en franco trabajo de parto, no traía las ecografías ordenadas por tanto el medio diagnóstico no daba para saber que era un embarazo múltiple. PREGUNTADO: Sírvase decir si el día que usted atendió a la señora Mónica Andrea Giraldo y que la remitió a la Clínica Versalles para efectos de practicarle una cesárea, usted no tenía conocimiento de que el embarazo era múltiple. CONTESTÓ: No tenía conocimiento. PREGUNTADO: De haber tenido conocimiento de que la señora estaba embarazada de trillizas, cuál habría sido el procedimiento médico en el momento en que ella fue a consulta con usted. CONTESTÓ: Lo que acontece es que la paciente estaba en franco trabajo de parto con una dilatación de 4 cm. Tratar de parar las contracciones en ese momento era imposible. Por lo tanto la conducta fue la adecuada. Si la paciente hubiera llegado en un inicio de parto hubiera habido tal vez una posibilidad de parar el trabajo de parto, lo que sucede es que en un embarazo múltiple hay un exceso de líquido amniótico que va a producir un aumento exagerado de la presión sobre el cuello del útero que hace que el trabajo de parto se desencadene mucho más rápido. PREGUNTADO: De haberse conocido que la señora Mónica Andrea Giraldo estaba embarazada de trillizas, habría cambiado en algo los cuidados que ella debía tener en su embarazo. CONTESTÓ: El embarazo múltiple es un embarazo de alto riesgo, por lo tanto los cuidados son mayores... Yo recuerdo haber tenido en mi poder la historia clínica de la paciente donde tuvo dos controles en el centro de atención del barrio Alfonso

López... PREGUNTADO: Sírvase por favor Dr. Encinales explicar al despacho qué son polihidramnios y qué repercusiones pueden traer en desarrollo de un embarazo. CONTESTÓ: El polihidramnios es el exceso de líquido amniótico del cual se alimenta el bebé, cuando este se presenta se asocia a malformaciones congénitas y a embarazos múltiples, tiene muy mal pronóstico las embarazadas con este problema..." (fls. 14 a 17 cdno. pruebas - mayúsculas del original).

2.3. Copia de la autorización del servicio de cirugía, en la que consta que el doctor Diego Encinales Arana, ordenó la práctica de la cesárea a la paciente Mónica Giraldo, según diagnóstico de: "feto en transversa + T de parto..." (fl. 24 cdno. pruebas).

2.4. Resumen de la historia clínica de la Clínica Versailles, en relación con la atención de la gestante Mónica Giraldo, en la que se lee lo siguiente:

"NOMBRE: MÓNICA ANDREA GIRALDO OROZCO

"EDAD: 17 AÑOS

"HISTORIA CLÍNICA: 961031-054

"EMPRESA: ISS

"FECHA DE INGRESO: OCTUBRE 31 DE 1996.

"FECHA DE EGRESO: NOVIEMBRE 1 DE 1996.

"DIAGNÓSTICO: - SECUNDIGESTANTE A TÉRMINO SEGÚN REMISIÓN DEL

ISS EN TRANSVERSO.

- TRILLIZOS FEMENINOS DE MÁS O MENOS 24
- 25 SEMANAS DE GESTACIÓN COMO HALLAZGO QUIRÚRGICO.
- CESÁREA SIN COMPLICACIONES.
- REMISIÓN DE TRILLIZOS PRE-TÉRMINO 26

SEMANAS

AL ISS CIREN.

"MÉDICO TRATANTE: GILBERTO MESA (GINECO - OBSTETRA)."

(fl. 19 cdno. ppal. 1º - mayúsculas del original).

2.5. Copia auténtica de los registros de defunción de las neonatas Maira Alejandra, Marisela y Geraldine Echeverry Giraldo, fallecidas el 31 de octubre de 1996 (fls. 47 14 a 16 cdno. ppal. 1º).

2.6. Copia auténtica del proceso penal adelantado con motivo de la muerte de las trillizas Echeverry Giraldo, en hechos que ocurrieron el 31 de octubre de 1996, del cual será valorada la resolución de preclusión de la investigación como quiera que la entidad demandada sólo deprecó que fuera remitida por la Fiscalía ese

documento, razón por la que es el único medio de convicción susceptible de apreciación. En consecuencia, respecto de él recayó la solicitud de la parte demandada en relación con la prueba trasladada, circunstancia por la que de la totalidad del expediente penal, sólo será valorable, se insiste, la prueba referida, so pena de trasgresión del principio de contradicción.

En efecto, en relación con la prueba trasladada, debe reiterarse que aquellas que no cumplan con los requisitos previstos en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil² o que no hubieren sido solicitadas en el proceso contencioso administrativo por la parte contra quien se aducen no podrán ser valoradas en este³. También ha dicho la Sala que en los eventos en los que el traslado de las pruebas rendidas en otro proceso hubiere sido solicitado por ambas partes, esos medios de convicción pueden ser tenidos en cuenta en el proceso contencioso administrativo sin limitaciones, aun cuando hayan sido practicadas sin citación o intervención de ellas en el proceso original, en tales casos, resulta contrario a la lealtad procesal que las partes soliciten que la prueba haga parte del acervo probatorio, pero que en el evento de resultar desfavorable a sus intereses invoquen las formalidades legales para su inadmisión⁴.

Del referido acervo probatorio, resulta pertinente destacar que de folio 139 a 142 del cuaderno de pruebas obra resolución de preclusión de la investigación, al considerar la Fiscalía Seccional 48 de Cali, que el doctor Diego Encinales Arana no incurrió en el delito de homicidio culposo.

3. El caso concreto

Se tiene por acreditado el daño antijurídico sufrido por los demandantes, toda vez que la muerte de las niñas Echeverry Giraldo, supone una lesión o afectación que no se encuentran en la obligación de soportar. En efecto, el deceso de tres hijas y nietas implica la afectación a varios bienes o intereses legítimos que el ordenamiento jurídico no impone el deber de soportar.

² Artículo 185 del Código de Procedimiento Civil: "Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella".

³ Cf. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de julio 7 de 2005, expediente 20.300.

⁴ Cf. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de febrero 21 de 2002, expediente 12.789.

El daño, en esos términos, ostenta la naturaleza de cierto, actual y determinado, motivo adicional para predicar el cumplimiento de los preceptos normativos contenidos en el artículo 90 de la Constitución Política, necesarios para sustentar la existencia del daño antijurídico.

Establecida la existencia del primer elemento de la responsabilidad, se emprende el análisis respectivo, con el fin de establecer si, en el caso concreto, este le puede ser atribuido o imputado a la administración pública y, por lo tanto, si es deber jurídico de aquélla resarcir los perjuicios que de él se derivan.

Según los supuestos acreditados en el proceso, la señora Mónica Andrea Giraldo dado su embarazo múltiple debió ser evaluada como paciente de alto riesgo obstétrico (ARO) y, por consiguiente, demandaba una atención y manejo especializado. De allí que ante la inobservancia o desconocimiento de esta realidad, se incurre en una clara pretermisión de los deberes inherentes a una correcta prestación del servicio médico asistencial, que no es ninguna dádiva, sino por el contrario, un derecho incuestionable dentro de la concepción de un Estado Social de Derecho, que no sólo propugna por la prestación y cuidado de la salud como un servicio público inherente a su finalidad (art. 49 C.P.), sino además, en consideración a la "*dignitas humana*", de que da cuenta el artículo 1º de la Constitución Política, y que sin lugar a dudas, en el presente caso, se enhiesta como apodíctica verdad, en tanto la madre, como quienes estaban por nacer, no recibieron propiamente el trato digno que merecían por la sola condición de ser personas, amén de que para el caso concreto también eran pacientes, o sea seres que se encontraban en situación de sujeción al servicio de otros, que para el caso eran profesionales en el área hospitalaria y de la salud.

En esa perspectiva, frente al grupo de galenos que suministró atención médica a la madre, existía una clara obligación de adoptar todas y cada una de las medidas idóneas para establecer el período de gestación, así como el tipo de embarazo de la paciente (múltiple), lo cual se hubiera establecido con la práctica de una ecografía y/o un monitoreo fetal durante el lapso que duró la urgencia que motivó a la joven gestante a recurrir a la Clínica Rafael Uribe Uribe. El hecho de haberse limitado a auscultar mediante estetoscopio la frecuencia cardiaca fetal y constatar la dilatación vaginal, constituye una clara falla del servicio que conlleva a que le sea imputable el daño a la entidad demandada, es decir, al Instituto de Seguros Sociales.

Ahora bien, contrario a lo precisado por el recurrente, no debe perderse de vista que al margen de la existencia o no del régimen de falla presunta del servicio, según los recientes pronunciamientos de la Sala, en relación con la responsabilidad de la administración sanitaria, es posible que los jueces recurran –atendiendo siempre a las particularidades del caso–, a ciertas figuras de aligeramiento probatorio en sede de la imputación fáctica y jurídica.

Sobre el particular, en reciente pronunciamiento de la Sección se puntualizó⁵:

“(…) La prueba de la relación causal entre la intervención médica y el daño sufrido por el paciente reviste un grado de complejidad a veces considerable, no sólo por tratarse de un dato empírico producido durante una práctica científica o técnica, comúnmente ajena a los conocimientos del propio paciente, sino porque, además, por lo regular, no queda huella de esa prestación, diferente al registro que el médico o el personal paramédico consigne en la historia clínica, la que, además, permanece bajo el control de la misma entidad que prestó el servicio⁶.

“Las dificultades a las que se enfrenta el afectado cuando pretende acreditar el nexo causal, no han sido soslayadas por la jurisprudencia; por el contrario, para resolver los casos concretos, en los cuales no se cuente con el dictamen serio y bien fundamentado de un experto, que establezca o niegue esa relación, se ha buscado apoyo en las reglas de prueba desarrolladas por la doctrina nacional y foránea.

“Así, se ha acudido a reglas como *res ipsa liquitur* (sic), desarrollada en derecho anglosajón; o de la *culpa virtual* elaborada por la doctrina francesa, o la versión alemana e italiana de la *prueba prima facie* o *probabilidad estadística*⁷, que tienen como referente común el deducir la relación causal y/o la culpa en la prestación del servicio médico a partir de la verificación del daño y de la aplicación de una regla de experiencia, conforme a la cual existe nexo causal entre un evento dañoso y una prestación médica cuando, según las reglas de la experiencia (científica, objetiva, estadística), dicho daño, por su anormalidad o excepcionalidad, sólo puede explicarse por la conducta negligente del médico y no cuando dicha negligencia pueda ser una entre varias posibilidades, como la reacción orgánica frente al procedimiento suministrado o, inclusive, el comportamiento culposo de la propia víctima.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de mayo de 2009, exp. 15.033 M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁶ Sobre el tema, ver por ejemplo, RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ. Responsabilidad Civil por actos médicos. Problemas de pruebas. Ed. Civitas S.A., Madrid, 1999, pág. 111.

⁷ Sobre el tema: ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO. Derecho sanitario y responsabilidad médica. Valladolid, Ed. Lex Nova, 2^a. ed. 2007.

“En varias providencia proferidas por la Sala se consideró que cuando fuera imposible demostrar con certeza o exactitud la existencia del nexo causal, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que probaran dicha relación, el juez podía “contentarse con la probabilidad de su existencia”⁸, es decir, que la relación de causalidad quedaba probada cuando los elementos de juicio que obraran en el expediente conducían a “un grado suficiente de probabilidad”⁹, que permitían tenerla por establecida.

“Pero, de manera más reciente se precisó que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implica la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que haga posible imputar responsabilidad a la entidad que presta el servicio, **sino que esta es una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal puede ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios**¹⁰.

“Así la Sala ha acogido el criterio según el cual si bien para demostrar el nexo de causalidad entre el daño y la intervención médica, en la mayoría de los casos resulta idónea la prueba directa, esto es, el dictamen de expertos, también es posible en muchos eventos llegar a la certeza sobre la existencia de dicha relación a través de indicios, para cuya construcción es necesaria la aplicación de reglas de experiencia de carácter científico, objetivo o estadístico.”(Negrillas y subrayado adicionales).

Así mismo, en relación con la prueba de la falla del servicio en eventos de responsabilidad médico asistencial por actos obstétricos, la Sección precisó los siguientes aspectos:

“(…) La responsabilidad por los daños causados con la actividad médica, por regla general está estructurada por una serie de actuaciones que desembocan en el resultado final y en las que intervienen, en diversos momentos, varios protagonistas de la misma, desde que la paciente asiste al centro hospitalario, hasta cuando es dada de alta o se produce su deceso. Esa cadena de

⁸ Cfr. RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño), Ed. Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 42.

⁹ *Ibidem*, págs. 77. La Sala acogió este criterio al resolver la demanda formulada contra el Instituto Nacional de Cancerología con el objeto de obtener la reparación de los perjuicios causados con la práctica de una biopsia. Se dijo en esa oportunidad que si bien no existía certeza “en el sentido de que la paraplejía sufrida...haya tenido por causa la práctica de la biopsia”, debía tenerse en cuenta que “aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto de Cancerología, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar”. Por lo cual existía una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor hubiera sido la falla de la entidad demandada, probabilidad que además fue reconocida por los médicos que laboraban en la misma. Sentencia del 3 de mayo de 1999, exp: 11.169.

¹⁰ Ver, por ejemplo, sentencias de 14 de julio de 2005, exp. 15.276 y 15.332.

actuaciones sobre la paciente no es indiferente al resultado final y por ello, **la *causa petendi* en estos juicios debe entenderse comprensiva de todos esos momentos, porque la causa del daño final bien puede provenir de cualquier acción u omisión que se produzca durante todo ese proceso.**

“En relación con la responsabilidad médica en el servicio de obstetricia, la Sala se había inclinado por considerar que en los eventos en los cuales el desarrollo del embarazo haya sido normal y, sin embargo, éste no termina satisfactoriamente, la obligación de la entidad demandada es de resultado¹¹.

“En decisiones posteriores se insistió en que la imputación de la responsabilidad patrimonial debía hacerse a título objetivo, pero siempre que desde el inicio, el proceso de gestación fuera normal, es decir, sin dificultades evidentes o previsibles, eventos en los cuales era de esperarse que el embarazo culminara con un parto normal. Decía la Sala:

“La entidad demandada sostiene su inconformidad frente al fallo protestado con el argumento de que la obligación médica es de medio y no de resultado; de tal manera que habrá falla del servicio, no cuando teóricamente era posible evitar el resultado dañoso, sino cuando, dentro de la realidad de los hechos, existió negligencia médica al no aplicar o dejar de aplicar unas técnicas que son comúnmente aceptadas en el medio científico.

“Es cierto que, en forma pacífica, se ha aceptado la tesis según la cual, por regla general, en la actividad médica la obligación es de medio, no de resultado; se ha dicho que el compromiso profesional asumido en dicha actividad tiende a la consecución de un resultado, pero sin asegurarlo, pues la medicina no es una ciencia exacta. En otros términos, el galeno no puede comprometer un determinado resultado, por que éste depende no solamente de una adecuada, oportuna y rigurosa actividad médica, sino que tienen incidencia, en mayor o menor nivel, según el caso, otras particularidades que representan lo aleatorio a que se encuentra sujeta dicha actividad y a que se expone el paciente.

“Sin embargo, en el campo de la obstetricia, definida como ‘la rama de la medicina que se ocupa principalmente del

¹¹ En sentencia de 10 de febrero de 2000, exp: 11.878 dijo la Sala: “...en el campo de la obstetricia, definida como ‘la rama de la medicina que se ocupa principalmente del embarazo, parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento, hasta la involución completa del útero’, la responsabilidad médica tiende a ser objetiva, cuando *ab initio* el proceso de embarazo se presenta normal, es decir, sin dificultades o complicaciones científicamente evidentes o previsibles...En casos como estos, parte de la doctrina se inclina por encontrar una obligación de resultado, puesto que lo que se espera de la actividad médica materno-infantil, es que se produzca un parto normal, que es precisamente la culminación esperada y satisfactoria de un proceso dispuesto por la naturaleza, en donde la ciencia médica acude a apoyarlo o a prever y tratar de corregir cualquier disfuncionalidad que obstaculice su desarrollo normal o ponga en riesgo a la madre o al que está por nacer. Lo especial y particular de la obstetricia es que tiene que ver con un proceso normal y no con una patología”.

embarazo, parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento, hasta la involución completa del útero¹², la responsabilidad médica tiende a ser objetiva, cuando *ab initio* el proceso de embarazo se presentaba normal, es decir, sin dificultades o complicaciones científicamente evidentes o previsibles, como sucedió en el presente caso. En efecto, se trataba de una mujer joven que iba a dar a luz a su primer hijo y quien durante el curso del proceso de embarazo no registró problemas que ameritaran un tratamiento especial.

“En casos como éstos, parte de la doctrina se inclina por encontrar una obligación de resultado, puesto que lo que se espera de la actividad médica materno-infantil, es que se produzca un parto normal, que es precisamente la culminación esperada y satisfactoria de un proceso dispuesto por la naturaleza, en donde la ciencia médica acude a apoyarlo o a prever y tratar de corregir cualquier disfuncionalidad que obstaculice su desarrollo normal o ponga en riesgo a la madre o al que está por nacer. Lo especial y particular de la obstetricia es que tiene que ver con un proceso normal y natural y no con una patología.

señala: “Al respecto, el profesor CARLOS ALBERTO GHERSI,

‘... más allá de los riesgos inherentes a todo embarazo y parto –o a pesar de ellos- lo cierto es que el resultado final lógico de un proceso de gestación que, debidamente asistido y controlado por el médico obstetra, se presenta como normal, habrá de ser el nacimiento de una criatura sana, por ello, ante la frustración de dicho resultado, corresponderá al galeno la acreditación de las circunstancias exculpatorias. Estas deberán reunir, a dichos fines, las características de imprevisibilidad o irresistibilidad propias del caso fortuito.’¹³

“En el caso *sub judice*, la entidad demandada no ha demostrado que en el proceso de embarazo de la señora MARIA ARACELLY MOLIMA MEJIA, el parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento del niño LUIS CARLOS CATALAN RAMÍREZ, se produjeron circunstancias imprevisibles o irresistibles que la liberan de responsabilidad en el ejercicio de la actividad médica, por el resultado de dicho proceso, el cual dejó como secuelas la infertilidad y disminución de la respuesta sexual de la madre y retardo mental severo del niño.

“Pero más allá, y sin necesidad de recurrir a este tipo de regímenes que se derivan de un tipo específico de obligación, en este caso, no hay duda de que el daño fue producto de una evidente falla del servicio probada, puesto que la parte actora ha demostrado que la administración omitió realizarle a la actora MARIA ARACELLY MOLINA

¹² MELLONI. Diccionario Médico Ilustrado. T. IV, p. 412.

¹³CARLOS ALBERTO GHERSI. Responsabilidad Profesional. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1998, p. 114.

exámenes médicos indispensables para establecer el proceso de su embarazo, con los cuales pudo haberse diagnosticado a tiempo alguna irregularidad y, además, cuando estaba próxima a dar a luz no fue atendida en forma oportuna, siendo que requería asistencia médica urgente. Como esto no se hizo se produjeron las graves consecuencias antes relacionadas tanto para la madre como para el niño.

“De modo que fue la conducta negligente de la administración la que desencadenó el daño que se reclama, razón por la cual no es necesario acudir ni siquiera al régimen de presunción de falla para deducir su responsabilidad, puesto que la misma está abundantemente probada en el proceso”¹⁴.

“No obstante, en providencias más recientes se recogió dicho criterio para considerar que los eventos de responsabilidad patrimonial del Estado por la prestación del servicio médico de obstetricia no pueden ser decididos en el caso colombiano bajo un régimen objetivo de responsabilidad; que en tales eventos, la parte demandante no queda relevada de probar la falla del servicio, sólo que el hecho de que la evolución del embarazo hubiera sido normal, pero que el proceso del alumbramiento no hubiera sido satisfactorio constituye un indicio de dicha falla¹⁵. En sentencia de 14 de julio de 2005¹⁶, dijo la Sala:

“Debe precisarse, en esta oportunidad, que las observaciones efectuadas por la doctrina, que pueden considerarse válidas en cuanto se refieren a la naturaleza especial y particular de la obstetricia, como rama de la medicina que tiene por objeto la atención de un proceso normal y natural, y no de una patología, sólo permitirían, en el caso colombiano, facilitar la demostración de la falla del servicio, que podría acreditarse indiciariamente, cuando dicho proceso no presenta dificultades y, sin embargo, no termina satisfactoriamente. No existe, sin embargo, fundamento normativo para considerar que, en tales eventos, la parte demandante pueda ser exonerada de probar la existencia del citado elemento de la responsabilidad. Y más exigente será, en todo caso, la demostración del mismo, cuando se trate de un embarazo riesgoso o acompañado de alguna patología”.

“En síntesis bajo el cobijo de la tesis que actualmente orienta la posición de la Sala en torno a la deducción de la responsabilidad de las entidades estatales frente a los daños sufridos en el acto obstétrico, a la víctima del daño que pretende la reparación le corresponde la demostración de la falla que acusa en la atención y de que tal falla fue la causa del daño por el cual reclama

¹⁴ Sentencia de 17 de agosto de 2000, exp. No. 12.123.

¹⁵ Sentencia de 7 de diciembre de 2004, exp: 14.767.

¹⁶ Exp. No. 15.276.

indemnización, es decir, debe probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto obstétrico y (iii) el nexo causal. **La demostración de esos elementos puede lograrse mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por excelencia en estos casos ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos, y se reitera, la presencia de un daño en el momento del parto cuando el embarazo se ha desarrollado en condiciones normales, se constituye en un indicio de la presencia de una falla en el acto obstétrico, así como de la relación causal entre el acto y el daño.**

“No se trata entonces de invertir automáticamente la carga de la prueba para dejarla a la entidad hospitalaria de la cual se demanda la responsabilidad. En otras palabras no le basta al actor presentar su demanda afirmando la falla y su relación causal con el daño, para que automáticamente se ubique en el ente hospitalario demandado, la carga de la prueba de una actuación rodeada de diligencia y cuidado. No, **a la entidad le corresponderá contraprobar en contra de lo demostrado por el actor a través de la prueba indiciaria, esto es, la existencia de una falla en el acto obstétrico y la relación causal con el daño que se produjo en el mismo, demostración que se insiste puede lograrse a través de cualquier medio probatorio incluidos los indicios, edificados sobre la demostración, a cargo del actor, de que el embarazo tuvo un desarrollo normal y no auguraba complicación alguna para el alumbramiento, prueba que lleva lógicamente a concluir que si en el momento del parto se presentó un daño, ello se debió a una falla en la atención médica.**”¹⁷ (Se destaca).

En consecuencia, la Sala ha admitido la posibilidad de emplear los sistemas de aligeramiento probatorio de *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí solas) o culpa virtual (*faute virtuelle*), en aquellos eventos en los que el daño padecido es de tales proporciones y se produce en unas circunstancias particulares que se acorta el recorrido causal y la culpa se entiende probada. De otro lado, se ha avalado la existencia de un indicio de falla a partir de la acreditación de que el embarazo se desarrolló en términos normales y que fue al momento del alumbramiento que se produjo el daño.

En el caso concreto se tiene que la paciente, según se colige de los testimonios del proceso, fue valorada en varias ocasiones cuando asistió a los controles de su embarazo, sin que en esas oportunidades se le hubiera diagnosticado un embarazo múltiple, como lo reconoce el propio doctor Diego Encinales, quien valoró a la madre gestante y determinó, basándose única y exclusivamente en la

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, exp. 16085, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

altura uterina y en la dilatación vaginal que se trataba de un embarazo a término en posición transversa, circunstancia por la que se debía proceder a la práctica de una cesárea, y por ello es que en el folio de remisión de la Clínica Rafael Uribe Uribe a la Clínica Versalles se consignó expresamente el diagnóstico, del cual se abstuvieron en dudar los galenos del último centro hospitalario, como quiera que respecto de la primera de las instituciones se trataba de una clínica de tercer nivel, lo cual se acompasa con el principio de confianza legítima en los términos expuestos por la doctrina de la imputación objetiva, conceptos jurídicos creados y desarrollados para garantizar una eficiente y verdadera imputación material o fáctica del resultado.

En relación con los errores derivados de las actividades gineco-obstetras, la doctrina ha señalado:

“La ginecología - obstetricia debe ocupar el primer lugar como especialidad afecta al error médico, por causa del carácter de emergencia que prevalece, por las circunstancias siempre dramáticas que involucran el nacimiento del ser humano, impregnado de emociones fuertes, y todo eso bajo fuerte tensión psicológica; al fin sentimientos potencialmente generadores de júbilo o frustración, además de la actividad nocturna, inductora de cansancio o caracterizada por el relajamiento de los mecanismos naturales de atención y vigilancia. La ginecología/obstetricia, sobre todo la obstetricia, es una especialidad médica que trabaja con personas saludables, lo cual hace inaceptable cualquier forma de deterioro de la salud, por menor que sea.”¹⁸

Así mismo, en reciente pronunciamiento la Sala sostuvo:

“En efecto, en tratándose de la prestación del servicio público (art. 49 C.P.) médico - hospitalario, el Estado asume una carga especialísima de protección, toda vez que las personas que se someten a la praxis médica, quirúrgica y hospitalaria, lo hacen con la finalidad de que un grupo de personas con un conocimiento profesional y técnico brinden soluciones a situaciones que se relacionan de manera directa o indirecta con el concepto de salud¹⁹.

“En ese orden de ideas, el principio de confianza legítima²⁰ en

¹⁸ MEIRELLES Gómez, Julio; DE FREITAS Drumond, José Geraldo y VELOSO, Genival “Error Médico”, Ed. Bdef, Buenos Aires, 2002, pág. 47.

¹⁹ La salud ha sido definida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), como “el estado completo de bienestar físico, psíquico, y social, no circunscrito a la ausencia de afecciones y enfermedades.” www.who.int/en/

²⁰ “El principio de confianza encuentra uno de sus fundamentos en el principio de autorresponsabilidad. La principal consecuencia es la de que el ámbito de responsabilidad de cada uno se limita a su propia conducta, y sólo bajo especiales circunstancias se extiende a las actuaciones de otro. Por regla general, cada uno debe orientar su conducta de tal forma que no

materia de la prestación del servicio médico - hospitalario se torna más exigente, como quiera que los parámetros científicos, profesionales y técnicos que rodean el ejercicio de la medicina se relacionan con el bien jurídico base y fundamento de los demás intereses jurídicos, esto es, la vida y, por conexidad, la salud.”²¹

En esa perspectiva, en el *sub examine*, se presentó un evento de *res ipsa loquitur*, como quiera que los médicos se abstuvieron de descartar cualquier otro tipo de diagnóstico y se limitaron a verificar superficialmente la sintomatología de la paciente, sin siquiera indagar cuándo se había presentado la última menstruación de la gestante, y si efectivamente a ésta se le habían realizado las ecografías obstétricas y los monitoreos fetales. Por consiguiente, el daño considerado en sí mismo, reviste una excepcionalidad y anormalidad que permite dar por configurado un supuesto de acercamiento probatorio en la imputación de aquél, toda vez que no existe otra forma de explicar la producción del perjuicio que en la propia conducta de la entidad, quien de manera precipitada e irregular ordenó una cesárea al considerar que se trataba de un embarazo a término.

La sola circunstancia de haberse practicado una cesárea con la férrea convicción de que se estaba en presencia de un único feto transverso, con tiempo de alumbramiento, para luego llevarse la sorpresa de que la paciente tenía un embarazo de trillizas de 24 o 25 semanas de gestación, aproximadamente, refleja la dimensión del daño antijurídico causado lo que permite afirmar se trata de un supuesto en el que las cosas o circunstancias hablan por sí solas, como quiera que son demostrativas de que existió un yerro flagrante en la etapa de atención, valoración y diagnóstico de la gestante. Como se aprecia, la única forma de explicar la generación del daño está radicada en la culpa o negligencia de la entidad demandada, por cuanto, según se desprende del acervo probatorio, dada

lesione bienes ajenos; pero no es su deber preocuparse por que los demás observen el mismo comportamiento. En virtud del principio de autorresponsabilidad, generalmente sólo se responde por el hecho propio, mas no por el hecho ajeno.

“En todo contacto social es siempre previsible que otras personas van a defraudar las expectativas que se originan en su rol. No obstante, sería imposible la interacción si el ciudadano tuviese que contar en cada momento con un comportamiento irreglamentario de los demás. Se paralizaría la vida en comunidad si quien interviene en ella debe organizar su conducta esperando que las otras personas no cumplirán con los deberes que les han sido asignados. El mundo está organizado de una forma contraria. Pese a que se presentan frecuentes defraudaciones, quien participa en el tráfico social puede esperar de las otras personas un comportamiento ajustado a sus *status*; él puede confiar en que los otros participantes desarrollarán sus actividades cumpliendo las expectativas que emanan de la función que le ha sido asignada.” LÓPEZ Díaz, Claudia “Introducción a la Imputación Objetiva”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Pág. 120 y 121. (Se destaca).

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de mayo de 2009, exp. 16701, M.P. Enrique Gil Botero.

la congestión de la Clínica Rafael Uribe Uribe en la sala de partos, se generó un diagnóstico y orden médica por completo errados, que fueron el factor determinante en la producción de la muerte de las tres bebés Echeverry Giraldo.

Así las cosas, la Sala pone de presente que en el derecho foráneo las tendencias doctrinarias y jurisprudenciales correctoras del procedimiento probatorio común de la culpa, en la responsabilidad civil médica, buscan alivianar, en precisos eventos, los parámetros de la culpa o falla probada para evitar que el sistema se erija como una probatio diabólica²². Entre ellas cabe destacar, como lo señala el profesor Calixto Díaz Regañón - García - Alcalá²³:

1. La regla *res ipsa loquitur*, la cosa que habla por sí misma; es el nombre dado a una forma de evidencia circunstancial que crea una deducción de negligencia. Procede de los ordenamientos de *common law* donde cada día tiene mayor aceptación; el demandante solo tiene que probar el daño anormal o excepcional sufrido y la imputación del mismo a una entidad de derecho público; en su esencia indica que los daños producidos no se verifican normalmente si no existe una culpa, el hecho habla por si como prueba de la culpa. A modo de ejemplo, no será necesario demostrar la negligencia del médico o del hospital en el que amputaron al enfermo la pierna equivocada o le extirparon un órgano distinto al que debían, o en el que murió un niño como consecuencia de una operación corriente.

2. La denominada prueba *prima facie*. El origen de ésta teoría es alemana y ha sido utilizada para la resolución de casos de responsabilidad médica; la cuestión de la prueba *prima facie* parte de los mismos supuestos de las presunciones de culpa médica pero puede afirmarse que no es sino una simple presunción de

²² "Esta dificultad viene promovida por diversos motivos, lo que la constituye en una prueba diabólica. Una de las primeras dificultades con las que se encuentra el paciente o sus herederos - en caso de muerte de aquél- es que todo lo referente a la culpa del médico se relaciona con prácticas y conocimientos científicos a los que mayormente resulta extraño y no tiene acceso sino por medio de la consulta y colaboración de otros profesionales, los que generalmente se mostrarán renuentes a dictaminar en contra de los intereses de un colega... Por lo general, el paciente desconoce los términos técnicos, las prácticas o estudios de las que ha sido objeto, la finalidad de las mismas, incluso muchas veces hasta desconoce su diagnóstico. A esto se suma la práctica actual de la medicina en nuestro país, la que no escapa a los procesos de masificación despersonalizando las relaciones médico - paciente. Allí donde antes existía el médico de familia o cabecera, al que uno libremente elegía y con el cual normalmente entablaba un diálogo profundo, hoy ha sido suplantado por el especialista -que muchas veces viene impuesto por la obra social- al que hay que ir a ver al consultorio para una visita que dura pocos minutos y al cabo de la cual el enfermo sale con una colección de recetas pero tal vez desconociendo el mal que lo aqueja." VÁSQUEZ Ferreyra, Roberto "Prueba de la culpa médica", Ed. Hammurabi, 2ª edición, pág. 103 y 104.

²³ Cf. El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica, Editorial Aranzadi S.A., Carlos III - Pamplona 1996.

culpa; no es un mecanismo o figura diferente, es solo otra forma de expresión para llegar a la afirmación de la culpa, por ello hablar de la prueba *prima facie* es hablar de la presunción judicial o viceversa; pues el juez deduce así un hecho incierto (la culpa) de otro cierto (la anomalía que rompe el curso ordinario de las cosas). En cualquier supuesto de daño por intervención médica la culpa sería el hecho a deducir por el juez, mientras que el resultado anormal producido se identificaría con el hecho percibido por el juez.

De otro lado, la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo Federal, como del Tribunal Constitucional Alemán, ha reconocido la necesidad de predicar el principio de igualdad de armas en el desarrollo del proceso de responsabilidad médica; circunstancia que no es nada distinto a reivindicar la igualdad material de las partes sobre la simplemente formal, para reconocer el postulado de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, de tal forma que la parte que se vea favorecida por sus conocimientos técnicos, científicos o profesionales, tenga que actuar con mayor exigencia a lo largo del proceso, de manera concreta, con el suministro de toda la información que sea demostrativa de su actuar diligente y cuidadoso. En consecuencia, se itera, existe una tendencia en este país, por reconocer el nivel de exigencia probatoria a la que se enfrenta el demandante en los procesos de responsabilidad médica.

3. La teoría francesa de la falta virtual (*faute virtuelle*). Aunque no existe unanimidad en cuanto a su identificación con la presunción judicial lo cierto es que frente al resultado totalmente anormal, se traslada el punto de atención a las figuras ya tratadas por su parecido inclusive como presunción de culpa en todo caso en algunos eventos se le suma la presunción de causa, porque cuando el resultado provocado por la intervención medica es dañino e incompatible con las consecuencias de una terapéutica normal se esta en presencia de un modo de prueba elíptico conducente de hecho a un sistema de presunción de culpa.

Con la ley Kouchner del 4 de marzo de 2002, introduce de manera parcial el principio de responsabilidad civil sin culpa por ello se ha dicho que: “Hasta la expedición de Kouchner el derecho de salud en Francia se fundamentaba en la noción de responsabilidad civil con culpa”²⁴

²⁴ Revista Responsabilidad Civil y del Estado, N° 18, mayo de 2005, Medellín, Editorial Librería Jurídica Sánchez Ltda., artículo de Fernando Rodas Duque, pág. 27.

4. El último movimiento corrector de la prueba de la culpa médica en Italia parte de una sentencia innovadora que causó asombro entre los estudiosos, la número 6141 de la Corte di Cassazione Civile, de 21 de diciembre de 1978, la cual es considerada unánimemente como la piedra angular de la variación en el esquema probatorio de la culpa médica, y ha sido reiterada en sentencia del 16 de noviembre de 1988; en su esencia apunta a que cuando se trate de intervenciones normales que no exijan la solución de problemas técnicos complejos, o de terapia suficientemente experimentadas donde el logro del resultado es la regla general, el juez puede estimar mediante una presunción simple, que el error que ha provocado el suceso sea *per se* suficiente para establecer la culpa del profesional.

5. En España, el Tribunal Supremo ha acudido a diversos instrumentos de facilitación de la prueba que tienen en común el de ser presunciones judiciales cualificadas, suavizando los criterios mediante los principios de disponibilidad y facilidad probatoria que han adquirido inclusive rango legal y que se maneja en términos generales como una presunción judicial.²⁵

6. *Discovery rule (Auskunftsanspruch)*, adoptada por los sistemas jurídicos anglosajones, así como contenida en la segunda ley alemana de modificación del derecho de daños de 2002, que permite que la parte demandante, dentro de unos específicos supuestos, eleve una pretensión autónoma en la cual solicite al demandado (médico o productor farmacéuta), que suministre toda la información necesaria sobre el procedimiento o el medicamento que pudo materializar el daño.

Como se aprecia, en los eventos de *res ipsa loquitur*²⁶ de la verificación y análisis

²⁵ Alvaro Luna Yerga, La prueba de la responsabilidad civil médico – sanitaria – Culpa y causalidad, Editorial Civitas, 1ª Edición, Madrid, 2004.

“De este modo, la imposición del deber de probar la intervención “no culpable” que recae sobre el médico demandado genera una inversión probatoria, fundamentada precisamente en la ventajosa posición que a priori (y sin aflicción de esta regla de atenuación del rigor probatorio) aquél ostenta. Es más, se ha llegado a señalar que en los casos en que se obstaculiza la práctica de la prueba o no se coopera de buena fe por las partes, sean éstas actoras o demandadas, a facilitar su producción, cabe atenuar el rigor del principio general de la carga de la prueba... desplazándola hacia la parte que por su posición probatoria tenga una mayor libertad de acceso a los medios de prueba.” FACHAL Noguera, Nuria “Las reglas de la carga de la prueba en la responsabilidad civil médica: cuestiones polémicas”, en “Objeto y Carga de la Prueba”, Compendio dirigido por Xavier Abel Llunc y Joan Picó i Junoy, ed. Bosch, Pág. 211.

²⁶ “En Estados Unidos se mantiene la regla de que pesa sobre el paciente la carga de probar la negligencia del médico y que ésta fue la causa del daño. Asimismo, se ha dicho que la carga no se cumple mostrando un resultado adverso, que la ley no pone sobre el demandado la carga de probar que ha obrado con diligencia y que “el hecho de que el paciente fallezca durante el tratamiento en sí mismo es insuficiente para imputar una presunción o inferir negligencia de parte del médico.”

del daño, considerado en sí mismo, se desprende una evidencia circunstancial que hace que aparezca demostrada de forma palmaria la imputación fáctica (nexo causal) y la jurídica (falla del servicio). En estas situaciones, el daño antijurídico reviste tal magnitud o dimensión que es evidente la atribución del perjuicio en cabeza de la entidad demandada, ya que el yerro médico se explica por sí solo sin que se requiera de un análisis específico para derivar su acreditación. No significa lo anterior que la parte demandada no pueda desvirtuar esa prueba evidente – aunque será de sumo exigente esa demostración–, bien destruyendo la presunción de culpa que este tipo de sistemas lleva aparejado o acreditando la existencia de una causa extraña que resquebraje el análisis de imputación.

En consecuencia, la regla *res ipsa loquitur* (*falla virtual o prima facie*) no funciona como una presunción judicial o de hombre, por cuanto no se trata de una inversión de la carga probatoria; el citado sistema opera en aquellos eventos en los que la elocuencia de los hechos releva al juez de un análisis de recorrido causal y de falla del servicio, dada la connotación del daño antijurídico²⁷.

Así lo han reconocido la doctrina y jurisprudencia Españolas, al destacar la pertinencia de la teoría del daño desproporcionado (*res ipsa loquitur*), para juzgar eventos de responsabilidad médica en los que el resultado esperado deviene

“Sobre esta base actúan las presunciones y la regla que comentamos. Es una regla probatoria por la cual la culpa se infiere de un daño inexplicable, del tipo que no ocurre normalmente en ausencia de culpa; también presume que la próxima causa del daño fue la culpa.

“(…) Entre los requisitos de su aplicación [*res ipsa loquitur*] se pueden mencionar los siguientes:

“1) Debe tratarse de un hecho que normalmente no ocurre sin negligencia. La mera rareza no es suficiente; debe surgir, a la luz de la experiencia pasada, la presunción de negligencia.

“2) no se trata simplemente del resultado adverso. La negligencia debe aparecer, entre otras causas, como la más probable.

“3) debe haber un control del paciente y del instrumental, si no hay posibilidad de control no hay culpa;

“4) no debe existir contribución causal o culposa de parte del paciente: se requieren tres condiciones:

“a) que el accidente sea de la clase que ordinariamente no ocurre en la ausencia de algún tipo de negligencia;

“b) que haya sido causada por un agente o por instrumental bajo el exclusivo control del demandado;

“c) que no haya existido control del demandado.

“La doctrina es utilizable cuando el accidente es probablemente el resultado de una negligencia; es un problema de sentido común. Cuando el riesgo es inherente a la operación y la injuria es del tipo que es raro que ocurra, la doctrina es aplicable sólo si puede decirse a la luz de la experiencia pasada que tal ocurrencia es más probablemente el resultado de una negligencia que de una causa por la cual el demandado no es el responsable.” LORENZETTI, Ricardo Luis “Responsabilidad Civil de los médicos”, ed. Rubinzal – Culzoni, Tomo II, Buenos Aires, 220 a 222.

²⁷ Cf. ÁLVAREZ Sánchez de Movellán, Pedro “La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual”, Ed. Comares, 2007, pág. 80.

anormal frente a las normas generales trazadas por la *lex artis*.

Sobre el particular, la doctrina autorizada en la materia ha puntualizado:

“A la hora de desarrollar el significado de esta teoría, algunos autores han expuesto de modo preciso que “desproporción del daño”, no consiste en la concurrencia de un daño muy grave, significativo o catastrófico, sino que requiere que se produzca un resultado anormal conforme a lo que es usual... La utilización de la *praesumptio hominis*, bajo la máscara de cualquiera de estas figuras [el autor se refiere a las de falla virtual, prueba *prima facie*, entre otras] –incluida la doctrina del “daño desproporcionado”- , servirá para que el juez, en muchos casos, quede convencido al mismo tiempo de la existencia de culpa y del nexo causal...”²⁸

Así mismo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español en relación con el tópico analizado, ha sostenido:

“Se reitera, una vez más, la doctrina del resultado desproporcionado respecto a una intervención quirúrgica que produce un daño; así, sentencias de... entre otras, que declaran que ante un daño desproporcionado se desprende la culpabilidad del autor y, añaden: “corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana y a la regla del *Anscheísbewís* (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la *faute virtuelle* (culpa virtual), lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera del demandado aunque no se conozca el detalle exacto.”²⁹

En el caso concreto, el daño (deceso de las trillizas Echeverry Giraldo) constituye un suceso que normalmente no ocurriría y se presentó por la ausencia de un parámetro mínimo de diligencia y cuidado; fue originado a causa de la valoración de los agentes de la entidad demandada, quienes erraron de manera crasa en el diagnóstico y valoración inicial del cuadro clínico, al afirmarse sin la menor anfibiología que se trataba de embarazo con feto único, cefálico, en posición transversa, y que se hallaba a término, cuando la realidad era diametralmente disímil.

²⁸ DÍAZ REGAÑÓN - GARCÍA – ALCALÁ, Calixto “Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario”, Ed. Comares, Granada, 2006, pág. 122 y 128.

²⁹ STS del 15 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6418), citada en: DÍAZ REGAÑÓN - GARCÍA – ALCALÁ, Calixto “Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario”

Por consiguiente, aislado al hecho de que un embarazo múltiple es considerado como de alto riesgo obstétrico (ARO), lo cierto es que como lo refiere el doctor Gilberto Messa Mosquera en el plenario, en la historia clínica de remisión se encontró una valoración del 26 de octubre (cuatro días antes de la producción del daño) en la que también un ginecólogo del ISS informaba el diagnóstico de un embarazo de 38 semanas (a término); por ende, se insiste, los hechos hablan por sí solos en el asunto *sub lite*, puesto que la entidad demandada nunca descartó la posibilidad de que el incremento de peso, así como la altura uterina se debiera a un estado de gravidez plural, sino que siempre se tuvo la equivocada convicción de que la paciente debía ser sometida de manera inmediata a una cesárea. Como se desprende de lo anterior, la anormalidad del daño deviene de lo sencillo que resultaba para el cuerpo médico de la entidad demandada la actualización del conocimiento en relación con la determinación del diagnóstico correcto, toda vez que la práctica de una ecografía (ultrasonido) y/o un continuo monitoreo fetal hubieran descartado la posibilidad de que se tratara de un embarazo a término con feto único transverso, tanto así que el médico gineco - obstetra tratante, manifestó dentro del testimonio rendido su asombro en ese preciso aspecto, al puntualizar que la Clínica Rafael Uribe Uribe contaba con los instrumentos necesarios para esos efectos.

Se configuró, en el caso concreto, lo que la doctrina alemana ha denominado un “error craso”³⁰ (*grobe Behandlungsfehler*) que quedó demostrado de la simple lectura o apreciación de los siguientes medios probatorios: i) la orden de remisión de la Clínica Rafael Uribe Uribe a la Clínica Versailles; ii) el testimonio del grupo de médicos que valoró y atendió a la paciente en los dos centros hospitalarios antes precisados; iii) la constancia en la historia clínica del hallazgo quirúrgico que se

³⁰ “Parece sin embargo, que hay un cierto acuerdo en entenderlo, al igual que hizo en su tiempo el *Reichsgericht*, como “una infracción grave de las reglas reconocidas en la ciencia y en la praxis médica”. Esta definición no es, ciertamente, muy precisa. Un espiguelo en los innumerables pronunciamientos del Tribunal Supremo Federal [Alemania] puede suministrar alguna concreción adicional útil para esclarecer los perfiles de esta categoría.

“Se ha dicho que no se trata de un concepto técnico – médico, sino más bien de una valoración jurídica que corresponde al órgano judicial y no a los peritos. El error ha de poder ser catalogado como intolerable o inexcusable en un profesional de la medicina. No es necesario que exista una idoneidad o adecuación con la causación de los daños en el caso concreto. Sería suficiente una idoneidad general o abstracta. En el concepto quedarían comprendidas las conductas activamente contrarias a las normas elementales que han de seguirse en un tratamiento o intervención de las características correspondientes y aquellos casos en los que el médico se distancia sin motivo razonable de los métodos *standard*, generalmente reconocidos como adecuados para conjurar ciertos riesgos. Se incluirían tanto las medidas terapéuticas omitidas o erróneas como los diagnósticos desacertados.” ORMAZABAL Sánchez, Guillermo “Carga de la Prueba y Sociedad de Riesgo”, Ed. Marcial Pons, Pág. 91.

aparta en todo sentido del diagnóstico inicial; y iv) la misiva suscrita por el Director de Cirugía de la Clínica Versalles con destino al Jefe de Ginecología del ISS, a efectos de que sea revisado el caso en auditoría médica, al considerar la presencia de errores y omisiones en el diagnóstico primigenio.

En conclusión, en el asunto concreto la Sala confirmará la decisión consultada, toda vez que se logró establecer que las entidad demandada causó un daño antijurídico que, dada su connotación de anormal y excepcional es suficiente para considerar configurada la imputación del mismo en cabeza de la entidad demandada, todo lo anterior con fundamento en las reglas de la experiencia científica, objetiva y estadística, que permiten inferir sin requerir un conocimiento especializado sobre la materia, que el yerro cometido se produjo por una equivocada convicción que pudo ser fácilmente superada, lo cual hubiera evitado la producción del evento dañoso.

4. Reliquidación de perjuicios

4.1. Perjuicios materiales

A folio 26 del cuaderno principal se aportó en original la factura No. 0225, expedida por la Funeraria Duque, en la que se hace constar que los servicios fúnebres prestados para la inhumación de las niñas Maira Alejandra, Marisela y Gerardine Echeverry Giraldo tuvieron un costo de \$420.000,00, suma cancelada por el señor Glueimar Echeverry.

El *a quo* decretó una indemnización por este concepto que ascendió a \$631.142,10, valor que será simplemente actualizado conforme a la fórmula de indexación avalada por la jurisprudencia de esta Corporación, según la cual:

$$\begin{array}{r} \text{Ra} = \text{R} (\$ 631.142.10) \quad \text{índice final - junio/2009 (102,22)} \\ \text{-----} \\ \$1'147.143.00 \\ \text{índice inicial - septiembre/99 (56,24)} \end{array}$$

4.2. Perjuicios morales

La simple acreditación del parentesco, para los eventos de perjuicios morales reclamados por abuelos, padres, hijos, hermanos y nietos cuando alguno de estos haya muerto o sufrido una lesión –esta última sin importar que sea grave o leve, distinción que no tiene justificación práctica y teórica alguna para efectos de la presunción del perjuicio, sino, por el contrario se relaciona con el grado de intensidad en que se sufre–, a partir del contenido del artículo 42 de la Carta Política³¹, debe presumirse, que el peticionario los ha padecido.

De otra parte, conforme a lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral; ha considerado que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado³².

En consecuencia, la providencia apelada será modificada en este aspecto concreto, con miras a decretar una indemnización que esté expresada en salarios mínimos mensuales legales vigentes, circunstancia por la que se confirmará la condena por perjuicios morales establecida por el tribunal de primera instancia, con la única salvedad que las sumas estarán establecidas o expresadas en salarios mínimos mensuales legales según, se insiste, el criterio actualmente vigente para la liquidación de este perjuicio inmaterial³³.

Así las cosas, conforme a la verificación de los registros civiles de nacimiento y defunción que obran de folios 9 a 18 del cuaderno principal, habrá lugar a reconocer, a título de daño moral, las sumas de dinero establecidas a continuación, para cada uno de los demandantes:

³¹ “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

“El Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

“(…)”.

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

³³ Al respecto ver: sentencia del 11 de febrero de 2009, exp. 14726, M.P. Myriam Guerrero de Escobar; sentencia del 28 de enero de 2009, exp. 16700, M.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 13 de mayo de 2009, exp. 15033, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, y sentencia del 1º de octubre de 2008, exp. 27268, M.P. Enrique Gil Botero.

GLUEIMAR ECHEVERRY ALEGRÍA	250 SMMLV
MÓNICA ANDREA GIRALDO OROZCO	250 SMMLV
JHON HEYMER ECHEVERRY GIRALDO	150 SMMLV
JOSÉ HÉCTOR GIRALDO GUTIÉRREZ	100 SMMLV
ENID OROZCO DE GIRALDO	100 SMMLV
GUILLERMO ECHEVERRY ROMERO	100 SMMLV
AMPARO ALEGRÍA UL	100 SMMLV

4.3. Medidas de justicia restaurativa

Ahora bien, como quiera que el presente asunto desborda la órbita del derecho subjetivo de las víctimas y de los perjudicados con el daño, en la medida que se afectó de manera grave el derecho a la salud de los niños, se torna necesario decretar e implementar garantías de no repetición, a efectos de proteger la dimensión objetiva del derecho antes precisado.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha puntualizado³⁴:

“(…) Improcedencia de la acción de tutela por la carencia actual de objeto

“3.- En este lugar, estima la Sala pertinente referirse a la improcedencia de la tutela por la carencia actual de objeto y, en esa misma línea, explicar por qué si bien es cierto en el caso concreto se verificó carencia actual de objeto, la Corte puede pronunciarse y es competente para amparar la dimensión objetiva de los derechos conculcados así como para establecer las respectivas medidas de protección. En varias ocasiones ha dicho la Corte Constitucional que en aquellas contingencias en las cuales los supuestos de hecho que daban lugar a la eventual amenaza de violación o violación de derechos constitucionales fundamentales han cesado, desaparecen o se superan, deja de existir objeto jurídico respecto del cual la o el juez constitucional pueda adoptar decisión alguna por cuanto el propósito de la acción de tutela consiste justamente en garantizar la protección cierta y efectiva del derecho y bajo esas circunstancias *“la orden que profiera el [o la] juez, cuyo objetivo constitucional era la protección efectiva y cierta del derecho presuntamente vulnerado o amenazado, carecerá de sentido, eficacia, inmediatez y justificación*³⁵.”

³⁴ Corte Constitucional, sentencia T-576 de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto.

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-519 de 1992, reiterada entre otras en las sentencias T-100 de 1995; T-201 de 2004; T-325 de 2004; T-523 de 2006.

“(…) 6.- Como se desprende de los hechos relatados en los antecedentes de la presente sentencia, la muerte del niño se presentó cuando se tramitaba la primera instancia, razón por la cual prima facie la Corte tendría que confirmar el fallo revisado por carencia actual de objeto. No obstante, a partir de las pruebas y de las circunstancias que obran en el expediente puede deducirse que en el caso sub judice se produjo un desconocimiento, protuberante, de derechos constitucionales fundamentales. De una parte, se violaron los derechos del niño a la salud, a la vida, a la dignidad y a la integridad personal. La sentencia de instancia desconoció que en el asunto sub judice también se infringieron los derechos constitucionales de la madre y más concretamente sus derechos a (i) elegir la IPS que podía prestar un servicio de salud de mayor calidad y eficacia dados los padecimientos sufridos por el niño y la necesidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud; (ii) optar por la maternidad, (iii) conformar una familia; (iv) recibir una protección especial del Estado al ser madre cabeza de familia, (v) a la integridad personal, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad.

“Dado que por vía de tutela ya no resulta factible proteger la dimensión subjetiva de los derechos desconocidos, adquiere importancia la necesidad de amparar su dimensión objetiva y, de esta manera, contribuir a realzar la trascendencia que tienen los derechos constitucionales en el ordenamiento jurídico colombiano – en especial los derechos fundamentales de los niños y de las niñas - y las obligaciones que respecto de la garantía de protección de estos derechos radican en cabeza de las autoridades estatales tanto como de los particulares, especialmente cuando éstos últimos se encuentran comprometidos con la prestación de servicios públicos – verbigracia, educación y salud -. Por consiguiente, en el caso concreto debe la Sala proceder a revocar la sentencia de única instancia y a impartir las órdenes tendientes a proteger la dimensión objetiva del derecho constitucional a la salud y de los derechos constitucionales fundamentales de los niños y de las niñas.

“7.- Ahora bien, en relación con la reparación de aquellas lesiones derivadas de la afectación de la dimensión subjetiva de los derechos de la madre, se abstendrá la Sala de establecer en la presente sentencia lo referente a si en el caso concreto se presentó o no responsabilidad civil, penal, ética, médica o de cualquier otra índole. Estos asuntos deben ser resueltos en las instancias competentes. Como se sabe, en sede de tutela se busca evitar el desconocimiento del derecho y cuando ello no resulta factible, por cuanto el daño se ha consumado - como ocurrió en el caso bajo examen - entonces debe protegerse la dimensión objetiva de los derechos violados. No se busca, por consiguiente, reparar el daño que como tal sufre el sujeto con ocasión del desconocimiento de sus derechos constitucionales - para efectos de lo cual existen las acciones pertinentes por la vía ordinaria -. Se pretende, más bien, evitar que estas situaciones de violación protuberante y generalizada de derechos se repitan adoptando medidas que, en suma, pretenden la protección de los derechos constitucionales fundamentales.

“Por lo anterior, la Sala destacará en la presente sentencia la dimensión objetiva de los derechos constitucionales fundamentales, en general, y subrayará, en particular, el estrecho nexo existente entre la efectividad del derecho constitucional a la salud así como entre la vigencia de los derechos constitucionales fundamentales de los niños y de las niñas y la necesidad de que el Estado - y los particulares comprometidos con la debida realización de tales derechos - desplieguen un conjunto de actuaciones, tareas o actividades orientadas a garantizar las condiciones de posibilidad para que estos derechos gocen de plena protección. En ese orden:

“(i) Se referirá la Sala a la doble perspectiva desde la que se aborda la salud en la Constitución colombiana: como servicio público y como derecho constitucional. Así mismo, reiterará la jurisprudencia constitucional respecto del contenido y alcances del derecho constitucional a la salud y subrayará, en especial, la protección reforzada que le confiere el ordenamiento constitucional a los derechos fundamentales de las niñas y de los niños, dentro de los cuales, el derecho a gozar de una vida en condiciones de calidad y de dignidad, libre de enfermedades, de padecimientos y de maltratos cobra una especial relevancia.

“(ii) Acentuará la importancia que adquiere en el caso *sub judice* la posición de garante del Estado estrechamente conectada con la dimensión objetiva de los derechos constitucionales.

“(iii) Con fundamento en las consideraciones que anteceden, examinará el caso concreto.” (negritas y cursivas del original - subrayado adicional).

En consecuencia, cuando el juez de lo contencioso administrativo aprecia la vulneración grave de la dimensión objetiva de un derecho, puede adoptar medidas de justicia restaurativa a efectos de que sea reestablecido el núcleo del derecho o interés constitucionalmente protegido, al margen de que el trámite procesal sea el del grado jurisdiccional de consulta o la resolución de un recurso de apelación único. Lo anterior, toda vez que el principio de la *no reformatio in pejus*, como expresión de la garantía del derecho al debido proceso sólo tiene restricción en la órbita indemnizatoria del principio de reparación integral. En efecto, la jurisprudencia de la Corporación ha precisado que si existe una colisión entre el principio de reparación integral con los principios de congruencia procesal y de jurisdicción rogada, estos últimos deben ceder frente al primero en cuanto concierne a las medidas de satisfacción, rehabilitación, y garantías de no repetición, toda vez que el parámetro indemnizatorio, esto es, el reconocimiento de los perjuicios materiales e inmateriales sí está amparado por los citados

principios del proceso que tienden a garantizar el derecho de defensa del demandado.

Definido el anterior panorama, la Sala reitera la jurisprudencia que sobre el particular ha delineado para precisar que, en aquellos eventos en los que sea evidente la alteración grave de un derecho de la persona, es posible que se adopten medidas distintas a la indemnización de perjuicios, todas ellas encaminadas a operar como factores de justicia restaurativa, esto es, como instrumentos que propenden por el restablecimiento objetivo del derecho conculcado.

Al respecto, en reciente pronunciamiento de la Sección se precisó³⁶:

“i) En todo proceso en el que se juzgue la responsabilidad patrimonial del Estado, será posible deprecar medidas de reparación integral, con miras a que se restablezca el *statu quo* preexistente a la producción del daño.

“En consecuencia, siempre será posible que en las demandas de reparación directa los demandantes formulen pretensiones dirigidas o encaminadas a la reparación *in integrum* del perjuicio, incluso reparaciones *in natura*. No obstante, en estos supuestos, el juez estará siempre vinculado por el principio de *congruencia procesal* y de la *no reformatio in pejus*.

“ii) Cuando se trate de graves violaciones a derechos humanos, el juez cuenta con la facultad de decretar todo tipo de medidas de justicia restaurativa (correctiva), encaminadas a la satisfacción y el restablecimiento del derecho o derechos lesionados. Así las cosas, en estos eventos, el juez de lo contencioso administrativo no puede estar limitado, en modo alguno, por los principios procesales antes mencionados, puesto que constituye un imperativo categórico que prevalece sobre las citadas garantías, el hecho de garantizar una reparación integral del perjuicio.

“Este importante avance de la jurisprudencia nacional, ha sido reconocido expresamente en un reciente pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al puntualizar:

“(…) El Tribunal reconoce tales esfuerzos efectuados por Colombia en cuanto a su deber de reparar y los valora positivamente. Asimismo, el Tribunal valora lo señalado por el perito Alier Hernández en la audiencia pública, en el sentido de que el Consejo de Estado ha señalado desde el 2007 que “el resarcimiento económico no es suficiente, [lo

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2009, exp. 17994, M.P. Enrique Gil Botero.

cual] abre la posibilidad para las víctimas en sus demandas [en procesos contencioso administrativos] formulen unas peticiones de reparación distintas del simple resarcimiento económico. La Corte considera que de darse dicho desarrollo jurisprudencial en la jurisdicción de lo contencioso administrativo colombiana, podría llegar a complementar las otras formas de reparación disponibles en distintas vías jurisdiccionales o de otra índole a nivel interno con el propósito de obtener, en su conjunto, la reparación integral de violaciones de derechos humanos. Al respecto, el Tribunal reitera que una reparación integral y adecuada, en el marco de la Convención, exige medidas de rehabilitación, satisfacción, y garantías de no repetición...

“203. Asimismo, la Corte Observa, tal y como lo ha hecho en otros casos contra el Estado colombiano, que si bien la reparación integral de una violación a un derecho protegido por la Convención no puede ser reducida al pago de una compensación, las indemnizaciones dispuestas en los procesos contencioso administrativos pueden ser consideradas al momento de fijar las reparaciones pertinentes, “a condición de que lo resuelto en esos proceso haya hecho tránsito a cosa juzgada y que sea razonable en las circunstancias del caso.”³⁷³⁸

Así las cosas, la Sala a partir de sus pronunciamientos recientes, así como en apoyo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, considera que, en eventos en los que si bien el daño no provenga de graves violaciones a derechos humanos, de todas formas es posible decretar medidas de satisfacción, conmemorativas o garantías de no repetición, siempre y cuando sean necesarias las mismas para restablecer el núcleo o dimensión objetiva de un derecho humano que ha sido afectado por una entidad estatal.

En consecuencia, es posible que el daño antijurídico irrogado por una entidad prestadora del servicio de salud desborde la esfera o dimensión subjetiva, dada su magnitud, anormalidad y excepcionalidad, circunstancia frente a la cual el juez de la reparación no puede ser indiferente, so pena de entender el derecho de la reparación como una obligación netamente indemnizatoria, cuando lo cierto es que una de las funciones modernas de la responsabilidad es la preventiva.

En el caso concreto es evidente la falta de diligencia de la entidad demandada, y la forma desentendida y gravemente anormal como se manejó la valoración del

³⁷ CIDH, caso de la “Masacre de Mapiripán”, supra nota 21, párr. 214. En igual sentido, Caso de la Masacre de La Rochela, supra nota 21, párr. 219 a 222...

³⁸ CIDH, caso Valle Jaramillo y otros vs Colombia, sentencia del 27 de noviembre de 2008, párr. 202 y 203.

embarazo de la paciente, lo que quedó acreditado desde el mismo daño excepcional irrogado que afectó de manera grave la dimensión objetiva del derecho a la salud, más aún si se tiene en cuenta que la lesión directa fue ocasionada sobre tres niñas que alcanzaron a tener un hábito de vida y, en consecuencia, frente a las cuales se predicó la condición de persona en los términos establecidos en el artículo 90 del Código Civil, y que, por lo tanto, contaban con una protección reforzada y especial en los términos del inciso tercero del artículo 13 de la Carta Política y el artículo 44 de la misma, precepto este último que contiene el principio de prevalencia de los derechos de los niños sobre los de las demás personas.

En ese orden, en la parte resolutive del fallo se dispondrá la adopción de la siguiente medida:

Como garantía de no repetición, se ordenará enviar copia íntegra y auténtica de esta providencia a la Superintendencia Nacional de Salud, para que remita copia de la misma a cada una de las EPS que funcionan actualmente en Colombia, sin que ello implique, en modo alguno pronunciamiento de responsabilidad en contra de esta última entidad, toda vez que no es parte en el proceso; por ende, se insiste, el único propósito de la medida consiste en la divulgación pedagógica, a efectos de que situación como la descrita en la sentencia no se vuelva a repetir. El valor de las copias será asumido por el ISS.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

Primero. Acéptase el impedimento manifestado por el señor Consejero de Estado, doctor Ramiro Saavedra Becerra, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. Modifícase la sentencia consultada, esto es, la proferida el 24 de septiembre de 1999, por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, la cual quedará así:

“Primero. Declárase al Instituto de Seguros Sociales patrimonialmente responsable de los perjuicios causados con la muerte de las trillizas MAIRA ALEJANDRA ECHEVERRY GIRALDO, MARISELA ECHEVERRY GIRALDO y GERALDINE ECHEVERRY GIRALDO, el 31 de octubre de 1996.

“Segundo. Como consecuencia de la declaración anterior, **condénase** al Instituto de Seguros Sociales, a pagar las siguientes sumas de dinero, por concepto de perjuicios morales:

GLUEIMAR ECHEVERRY ALEGRÍA	250 SMMLV
MÓNICA ANDREA GIRALDO OROZCO	250 SMMLV
JHON HEYMER ECHEVERRY GIRALDO	150 SMMLV
JOSÉ HÉCTOR GIRALDO GUTIÉRREZ	100 SMMLV
ENID OROZCO DE GIRALDO	100 SMMLV
GUILLERMO ECHEVERRY ROMERO	100 SMMLV
AMPARO ALEGRÍA UL	100 SMMLV

“Tercero. Por concepto de perjuicios materiales, **condénase** al Instituto de Seguros Sociales a pagar la suma de un millón ciento cuarenta y siete mil ciento cuarenta y tres pesos (\$1´147.143.00), a favor del señor GLUEIMAR ECHEVERRY ALEGRÍA.

“Cuarto. A título de garantías de no repetición, **ordénase** al Instituto de Seguros Sociales adelantar la siguiente obligación de hacer:

“Se remitirá copia íntegra y auténtica de esta providencia a la Superintendencia Nacional de Salud, para que envíe copia simple de la misma a todas y cada una de las EPS que funcionan actualmente en Colombia. El valor de las copias será asumido por el ISS.

Segundo. Dese cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

Tercero. Cumplido lo anterior, por Secretaría, **remítase** el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GOMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO